

الفصل السادس تحديد القانون الدولي العرفي

ألف - مقدمة

٥٥ - قررت اللجنة، في دورتها الرابعة والستين (٢٠١٢)، إدراج موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" في برنامج عملها وعينت السيد مايكل وود مقررًا خاصًا^(٧٠). وفي الدورة نفسها، عُرضت على اللجنة مذكرة من المقرر الخاص (A/CN.4/653)^(٧١). وفي الدورة نفسها أيضاً، طلبت اللجنة إلى الأمانة أن تعد مذكرة تحدد العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع^(٧٢).

٥٦ - ونظرت اللجنة، في دورتها الخامسة والستين (٢٠١٣)، في التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/663)، وكذلك في مذكرة الأمانة عن الموضوع (A/CN.4/659)^(٧٣). وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة تغيير عنوان الموضوع ليصبح "تحديد القانون الدولي العرفي". ونظرت اللجنة في دورتها السادسة والستين (٢٠١٤) في التقرير الثاني للمقرر الخاص (A/CN.4/672)^(٧٤).

٥٧ - وبعد مناقشة التقرير الثاني للمقرر الخاص، قررت اللجنة، في جلستها ٣٢٢٧، أن تحيل إلى لجنة الصياغة مشاريع الاستنتاجات من ١ إلى ١١، بصيغتها الواردة في التقرير الثاني للمقرر الخاص. وفي الجلسة ٣٢٤٢ للجنة، عرض رئيس لجنة الصياغة التقرير المؤقت للجنة الصياغة بشأن "تحديد القانون الدولي العرفي"، الذي تضمن مشاريع الاستنتاجات الثمانية التي اعتمدها لجنة الصياغة مؤقتاً في الدورة السادسة والستين.

باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

٥٨ - عُرض على اللجنة، في دورتها الحالية، التقرير الثالث المقدم من المقرر الخاص (A/CN.4/682) ونظرت اللجنة في التقرير في جلساتها من ٣٢٥٠ إلى ٣٢٥٤ المعقودة في الفترة من ١٣ إلى ٢١ أيار/مايو ٢٠١٥.

(٧٠) في جلستها ٣١٣٢، المعقودة في ٢٢ أيار/مايو ٢٠١٢ (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/67/10)، الفقرة ١٥٧). ولاحظت الجمعية العامة، في الفقرة ٧ من قرارها ٩٢/٦٧ المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢، مع التقدير قرار اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها. وأدرج الموضوع في برنامج العمل الطويل الأجل للجنة خلال دورتها الثالثة والستين (٢٠١١)، على أساس المقترح الوارد في المرفق ألف لتقرير اللجنة (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/66/10)، الصفحات ٤٠٠-٤١٠).

(٧١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/67/10)، الفقرات ١٥٧-٢٠٢.

(٧٢) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٩.

(٧٣) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/68/10)، الفقرة ٦٤.

(٧٤) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/69/10)، الفقرة ١٣٥.

٥٩- وأحالت اللجنة في جلستها ٣٢٥٤ المعقودة في ٢١ أيار/مايو ٢٠١٥ مشاريع الاستنتاجات الواردة في التقرير الثالث للمقرر الخاص إلى لجنة الصياغة^(٧٥).

(٧٥) ترد مشاريع الاستنتاجات المقترحة من المقرر الخاص في تقريره الثالث (A/CN.4/682)، وفيما يلي نصها:

مشروع الاستنتاج ٣ [٤]

تقييم الأدلة على الركنين

...

٢- يتعين التحقق من كل ركن على حدة. ويتطلب ذلك عموماً تقييم الأدلة الخاصة بكل ركن من الركنين.

مشروع الاستنتاج ٤ [٥]

شرط توافر الممارسة

...

٣- لا يُعتبر سلوك الجهات الأخرى من غير الدول ممارسةً لا لأغراض نشأة القانون الدولي العربي ولا لتحديده.

مشروع الاستنتاج ١١

إثبات القبول بمثابة قانون

...

٣- قد يُستخدم الامتناع أيضاً كدليل لإثبات القبول بمثابة قانون، بشرط أن تقتضي الظروف رد فعلٍ ما.

الجزء الخامس

أشكال معينة من الممارسة والأدلة

مشروع الاستنتاج ١٢

المعاهدات

يجوز أن تعكس أحكام معاهدةٍ قاعدةً من قواعد القانون الدولي العربي أو أن تعكسها بعد وقتٍ، إذا ثبت أن الأحكام المذكورة:

(أ) كانت، عند إبرام المعاهدة، تدويناً لقاعدة موجودة بالفعل من قواعد القانون الدولي العربي؛ أو

(ب) أدت إلى تبلور قاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي العربي؛ أو

(ج) تمخضت عن قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العربي، بأن أفضت إلى ممارسةٍ عامة مقبولة بمثابة قانون.

مشروع الاستنتاج ١٣

قرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية

يجوز، في بعض الظروف، أن تكون القرارات التي تتخذها منظمات دولية أو تُعتمد في مؤتمرات دولية أدلةً على القانون الدولي العربي أو أن تساهم في تطويره؛ وليس من الممكن أن تشكل في حد ذاتها القانون الدولي العربي.

مشروع الاستنتاج ١٤

قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء

قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء يمكن أن تكون مصدراً احتياطياً لتحديد قواعد القانون الدولي العربي.

٦٠- في الجلسة ٣٢٨٠ للجنة، المعقودة في ٢٩ تموز/يوليه ٢٠١٥، قدم رئيس لجنة الصياغة تقرير لجنة الصياغة عن "تحديد القانون الدولي العرفي"، الذي يحتوي على مشاريع الاستنتاجات من ١ إلى ١٦ [١٥] التي اعتمدها لجنة الصياغة مؤقتاً في دورتها السادسة والستين والسابعة والستين (A/CN.4/L.869)^(٧٦). وأحاطت اللجنة علماً، في جلستها ٣٢٨٨، المعقودة في ٦ آب/أغسطس ٢٠١٥، بمشاريع الاستنتاجات من ١ إلى ١٦. ويتوقع أن تنظر اللجنة، أثناء دورتها المقبلة، في اعتماد مشاريع الاستنتاجات مؤقتاً، فضلاً عن التعليقات عليها.

٦١- وطلبت اللجنة في جلستها ٣٢٨٨، المعقودة في ٦ آب/أغسطس ٢٠١٥، إلى الأمانة أن تعدّ مذكرة بشأن دور قرارات المحاكم الوطنية في اجتهادات الهيئات القضائية والمحاكم الدولية ذات الطابع العالمي فيما يتصل بتحديد القانون الدولي العرفي.

١- عرض المقرر الخاص للتقرير الثالث

٦٢- أشار المقرر الخاص، عند تقديم تقريره الثالث، إلى أن التقرير سعى إلى تغطية القضايا التي أثيرت في عام ٢٠١٤ بشأن الركنين المنشئين ("الممارسة العامة" و"القبول بالممارسة كقانون (الاعتقاد بالإلزام)"), فضلاً عن القضايا الجديدة مثل العرف المعين والمعتز المصير. واقترح التقرير فقرات تضاف إلى مشاريع الاستنتاجات الثلاثة المقترحة في التقرير الثاني، فضلاً عن خمسة مشاريع استنتاجات جديدة، جاءت في جزأين جديدين (الجزء الخامس "أشكال معينة من الممارسة والأدلة" والجزء السادس "الاستثناءات من التطبيق العام لقواعد القانون الدولي العرفي").

٦٣- وتضمن التقرير الثالث تسعة أفرع. وكان الفرع الأول عبارة عن مقدمة تعرض تاريخ الموضوع، ولا سيما الأعمال المنجزة خلال الدورة السابقة للجنة، فضلاً عن مناقشة الموضوع في

الجزء السادس

الاستثناءات من التطبيق العام لقواعد القانون الدولي العرفي

مشروع الاستنتاج ١٥

العرف المعين

١- العرف المعين قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا يجوز الاستظهار بها إلا من جانب دول معينة و ضد دول معينة.

٢- للبت فيما إذا كان هناك عرف معين وفي محتواه، من الضروري التحقق من وجود ممارسة عامة بين الدول المعنية يقبلها كلٌّ منها بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام).

مشروع الاستنتاج ١٦

المعتز المصير

الدولة التي تصرّ على الاعتراض على قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي، إبان نشأتها، لا تُلزم بالقاعدة ما دامت متمسكة باعتراضها عليها.

(٧٦) يتاح بيان رئيس لجنة الصياغة، الذي يتضمن مرفقه مشاريع الاستنتاجات الستة عشر التي اعتمدها لجنة الصياغة مؤقتاً، في الموقع الشبكي للجنة في العنوان التالي: <http://legal.un.org/ilc>.

اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤. وعاد الفرع الثاني من التقرير لتناول العلاقة بين الممارسة العامة والاعتقاد بالإلزام (مشروع الاستنتاج ٣ [٤]، الفقرة ٢). وتناول الفرع الثالث دور الامتناع كشكل من أشكال الممارسة و/أو دليل لإثبات القبول بالممارسة كقانون (مشروع الاستنتاج ١١، الفقرة ٣). وتناول الفرعان الرابع والخامس أشكال معينة أخرى من الممارسات والأدلة. وتناول الفرع الرابع دور المعاهدات وقرارات المنظمات والمؤتمرات الدولية (مشروع الاستنتاجين ١٢ و ١٣ على التوالي)، فيما تناول الفرع الخامس وسيلتين احتياطيتين لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي، هما القرارات القضائية وكتابات الفقهاء (مشروع الاستنتاج ١٤)، وتناول الفرع السادس أهمية المنظمات الدولية وممارسة الجهات الفاعلة من غير الدول (مشروع الاستنتاج ٤ [٥]، الفقرة ٣). وأخيراً، تناول الفرعان السابع والثامن من التقرير، بطرق مختلفة، تطبيق قواعد القانون الدولي العرفي، بحكم الاختصاص الشخصي، الذي كرس له الجزء السادس من مشاريع الاستنتاجات. وتضمن الجزء السادس مشروع استنتاجين بشأن العرف المعين، والمعتزض المصر على التوالي (مشروع الاستنتاجين ١٥ و ١٦).

٦٤ - وأعرب المقرر الخاص، في عرضه، عن تقديره لما تلقاه من إسهامات ودعم أثناء إعداد التقرير الثالث، فضلاً عن البيانات الخطية المقدمة بشأن الموضوع من عدة حكومات. وأشار إلى أنه سعى إلى إتمام مجموعة مشاريع الاستنتاجات التي سُنِّت في الناتج النهائي المنبثق عن بحث الموضوع، ودعا الأعضاء إلى اقتراح أية قضايا أغفلت. وسلط الضوء على أوجه الترابط بين هذا الموضوع والمواضيع الأخرى المدرجة والتي كانت مدرجة في جدول أعمال لجنة القانون الدولي، وأكد أنه ينبغي النظر إلى أعمال اللجنة باعتبارها وحدة متكاملة.

٦٥ - وأشار المقرر الخاص إلى أنه عاد، بناء على طلب من اللجنة، إلى تناول العلاقة بين الممارسة العامة والاعتقاد بالإلزام في التقرير الثالث. وخلص في التقرير إلى أنه لا بد للتأكد من نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي من النظر في كل ركن على حدة والتحقق من وجوده، وهو ما يتطلب في عموم الحالات تقييم مختلف أدلة إثبات كل ركن. وهناك نقطة أخرى مؤداها أنه لدى تحديد ما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي موجودة، فإن ما يهم هو وجود كلا الركنين، وليس ترتيبهما الزمني. وأخيراً، أشار التقرير إلى إمكانية وجود وجه اختلاف في تطبيق نهج الركنين في مجالات مختلفة من مجالات القانون الدولي، وأنه قد تكون في بعض الحالات لشكل معين (أو حالات معينة) من الممارسة، أو لدليل معين على القبول بممارسة كقانون، أهمية أكبر مقارنة بحالات أخرى.

٦٦ - وأعاد المقرر الخاص النظر أيضاً في مسألة الامتناع، ولا سيما إمكانية مساهمة الامتناع في الممارسة العامة ودوره المحتمل كدليل لإثبات القبول بممارسة قانون. وأكد أنه على الرغم من أهمية الامتناع في الاستدلال على ممارسة عامة في بعض الحالات، فإن الظروف التي قد يكون فيها الامتناع وجيهاً ليست بديهية على الدوام. وأضاف المقرر الخاص أن الامتناع قد يستخدم دليلاً على الاعتقاد بالإلزام عندما تكون الظروف تقتضي رد فعل ما. ويترتب على ذلك أن تكون

للدولة المعنية معرفة فعلية بالممارسة المعنية أو أن يُستشف من الظروف أن الدولة المعنية كانت على معرفة بتلك الممارسة، وأن يستمر الامتناع على مدى فترة زمنية كافية.

٦٧- ونظر التقرير الثالث في أشكال معينة من الممارسة ومن أدلة الاعتقاد بالإلزام، ويتعلق الأمر بالمعاهدات وقرارات المنظمات والمؤتمرات الدولية، نظراً لأنه كثيراً ما يلجأ إليها لتحديد القانون الدولي العرفي. ولاحظ المقرر الخاص أن اعتبارات مماثلة يمكن أن تنطبق أيضاً على النصوص المكتوبة الأخرى، كتلك الصادرة عن لجنة القانون الدولي. وذهب التقرير إلى الإشارة بتواضع الحذر عند النظر فيما إذا كانت تلك النصوص وحيثة لتحديد القانون الدولي العرفي، وكرر التأكيد على ضرورة مراعاة جميع الظروف المحيطة وتقييم وزنها. وعلى أية حال، فإن النصوص المكتوبة لا يمكن أن تشكل في حد ذاتها قانوناً دولياً عرفياً.

٦٨- وفيما يتعلق بأهمية المعاهدات وإبرام المعاهدات، أشار التقرير إلى ثلاث طرائق يمكن لهذه النصوص المكتوبة أن تقيم بواسطتها علاقة مع القانون الدولي العرفي، هي: تدوين القانون الموجود، وبلورة قانون في طور النشوء، أو استحداث قانون جديد. وتناول التقرير أيضاً مسألة ممارسات الدول الأطراف في المعاهدات المتعددة الأطراف، فضلاً عن الأهمية المحتملة للمعاهدات الثنائية.

٦٩- وتطرق التقرير أيضاً لمسألة أهمية القرارات التي تتخذها الدول في المنظمات الدولية أو المؤتمرات الدولية باعتبارها من ممارسات الدول أو دليلاً على الاعتقاد بالإلزام. واعترف المقرر الخاص بالدور المهم الذي يمكن أن تؤديه هذه القرارات، في ظروف معينة، في نشأة القانون الدولي العرفي وتحديثه. وهذه القرارات لا يمكن أن تنشئ، في حد ذاتها، قانوناً دولياً عرفياً، لكنها قد تقيم الدليل على وجود قانون أو نشوءه، وقد تستحدث بالفعل ممارسة قد تفضي إلى نشوء قاعدة جديدة. وفي إطار عملية التقييم هذه، تتسم الصياغة المستخدمة في قرار معين بأهمية بالغة، شأنها شأن الظروف المحيطة باعتماد هذا القرار.

٧٠- وانتقل التقرير أيضاً للنظر في وسيلتين "احتياطيتين" وإن كانتا مهمتين، لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي، هما: القرارات القضائية وكتابات الفقهاء. ويقصد التقرير بالقرارات القضائية كلاً من قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية وقرارات المحاكم الوطنية. وشُدّد على أهمية هذه الفئة الأخيرة. وربما تكون قرارات المحاكم الوطنية مؤثرة أيضاً، لكن يتعين تناولها بشيء من الحذر. واعترف التقرير أيضاً بأن الكتابات الفقهية تظل مصدراً مهماً للمعلومات والتحليل لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي، لكن من المهم التمييز بين الكتابات التي يُراد بها أن تعكس القانون القائم (القانون الساري *lex lata*) وتلك التي تُطرح كقانون ناشئ (القانون المنشود *lex ferenda*).

٧١- وفيما يتعلق بممارسة المنظمات الدولية في حد ذاتها، أشار التقرير إلى الاستنتاج الذي توصل إليه العام الماضي بأن ممارسة المنظمات الدولية ساهمت أيضاً، في بعض الحالات، في تشكيل قواعد القانون الدولي العرفي أو التعبير عنها. وأكد المقرر الخاص أهمية التمييز بين ممارسة الدول في إطار المنظمات الدولية، وممارسة المنظمات الدولية نفسها. وسلط الضوء أيضاً على

أهمية التمييز بين ممارسة المنظمة المتعلقة بتشغيلها الداخلي وممارسة المنظمة في علاقاتها مع الدول والجهات الأخرى. وبالإضافة إلى ذلك، اقترح تناول سلوك الجهات الفاعلة من غير الدول عدا المنظمات الدولية في مشاريع الاستنتاجات.

٧٢- وتطرق التقرير إلى فئة "العرف المعين"، وهي عبارة يقصد بها أن تشمل، على نحو ما أوضحه المقرر الخاص، ما يشار إليها أحياناً بالقواعد العرفية "الخاصة" أو "الإقليمية"، أو "المحلية" أو "الثنائية". وشدد المقرر الخاص على أنه في ضوء طبيعة العرف المعين التي لا تلزم إلا عدداً محدوداً من الدول، فمن الجوهري أن يتبين بوضوح أيّ الدول شاركت في الممارسة وقبلتها كقانون. ولتحديد ما إذا كان هناك عرف معين، بات من الضروري التحقق من وجود ممارسة عامة بين الدول المعنية يقبلها كلٌّ منها كقانون (الاعتقاد بالإلزام).

٧٣- وتناول التقرير أيضاً قاعدة المعارض المصير، التي بموجبها لا تكون دولة ملزمة بقاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي العرفي، ما دامت تلك الدولة قد أصرت على الاعتراض على تلك القاعدة وتمسكت باعتراضها بعدما تبلورت القاعدة. وشدد المقرر الخاص على أن القاعدة راسخة في الاجتهادات القضائية، وفي الأعمال السابقة للجنة، وفي الأدبيات الفقهية. وأكد المقرر الخاص على أهمية تناول هذه القاعدة في جملة أمور أخرى من أجل توضيح متطلباتها الصارمة.

٢- موجز المناقشة

(أ) تعليقات عامة

٧٤- كرر أعضاء اللجنة الإعراب عن تأييدهم لنهج الركنين الذي اتبعه المقرر الخاص. وكان هناك اتفاق عام على أن تكون نتائج الموضوع عبارة عن مجموعة من الاستنتاجات العملية المبسطة، مشفوعة بتعليق، هدفها مساعدة الممارسين على تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. ونُصح بتوخي الحذر لتحاشي التبسيط المفرط، كما أُشير إلى أن مشاريع الاستنتاجات يمكن أن تستفيد من مزيد من التحديد.

٧٥- وجرى تبادل للآراء بشأن نطاق الموضوع. وأشار بعض أعضاء اللجنة إلى أن الموضوع ينبغي أن يتناول بمزيد من التعمق نشوء قواعد القانون الدولي العرفي. واستناداً إلى هذا الرأي، ليس المقصد من تغيير عنوان الموضوع التأثير على نقاطه المحورية. وذهب رأي آخر إلى أن مشاريع الاستنتاجات ينبغي أن تقتصر على مسألة تحديد القواعد السالفة الذكر وينبغي ألا تتناول مسألة نشوئها في حد ذاتها. وأشير، في هذا الصدد، إلى أن الموضوع يعني بتحديد القاعدة العرفية في إطار زمني محدد، دون المساس بالتطور المستقبلي لهذه القاعدة. وذهب رأي آخر إلى أن تركيز الموضوع على مسألة التحديد لا يمنع تناول مسائل النشوء ضمن حدود تكتسي أهمية في سياق هذا التحديد.

(ب) العلاقة بين الركنين المنشئين

٧٦- وأيد بعض أعضاء اللجنة الاستنتاج الذي مفاده أنه بالرغم من وجوب وجود الركنين على الدوام، فمن الممكن أن يختلف تطبيق نهج الركنين باختلاف الميادين أو باختلاف فئات القواعد. ومع ذلك، فقد ذُكر أن من اللازم اعتماد معيار موحد فيما يتعلق بجميع المجالات المختلفة. وأشار بعض أعضاء اللجنة إلى أن الركنين لم يطبقا بصورة متسقة وأن هذا الموضوع ربما يجد فائدة في زيادة استكشاف وزن كل واحد من الركنين على حدة في مختلف المجالات.

٧٧- وأعرب عن تأييد الاستنتاج الذي مؤداه أنه يلزم التحقق بصورة مستقلة من كل واحد من الركنين وهو ما يتطلب في عموم الحالات تقييم الأدلة المحددة لإثبات كل ركن. وشدد العديد من أعضاء اللجنة على أن التقييم المستقل للاشترطين لا يعني أن نفس المواد لا يمكن أن تكون دليل إثبات لكلا الركنين.

٧٨- وفيما يتعلق بالعلاقة الزمنية بين ركني القواعد العرفية، أعرب عن رأي مفاده أن الممارسة ينبغي أن تسبق الاعتقاد بالإلزام، فيما ذهب رأي آخر إلى أنه لا ضرورة لوجود تسلسل زمني بين الركنين.

(ج) الامتناع عن فعل باعتباره ممارسة و/أو دليلاً على القبول بممارسة كقانون (الاعتقاد بالإلزام)

٧٩- بينما قوبل التحليل الوارد في التقرير الثالث بشأن أهمية الامتناع في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي بترحيب عام، بيّن عدد من أعضاء اللجنة الصعوبة العملية التي تعترض تحديد الامتناع لهذا الغرض. وأعرب عدة أعضاء عن الحاجة إلى توضيح الظروف الخاصة التي يكون الامتناع وجيهاً في ظلها، ولا سيما في سياق تقييم القبول بممارسة كقانون (الاعتقاد بالإلزام). وقُدّم اقتراح بإدراج المعايير المحددة التي ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار من أجل تحديد الامتناع في نص مشروع الاستنتاج نفسه.

٨٠- وقابلت اللجنة بتأييد واسع ما ذكر في التقرير من معايير تجعل من الامتناع عن فعل دليل إثبات للقبول بممارسة كقانون. وأشار عدد من الأعضاء إلى أن الحالة ينبغي أن تكون مستوجبة لرد فعل الدول المعنية، وأنه يتعين أن تكون الدول على اطلاع فعلي على الممارسة المعنية، كما يلزم التمسك بالامتناع على مدى فترة زمنية كافية. ومع ذلك، أعرب عن آراء مختلفة بشأن ما إذا كان الامتناع في ذلك السياق ينبغي أن يعادل الرضا. وأضيف أن المهم هو التثبت مما إذا كان الامتناع، في حالة بعينها، يمكن أن يعادل الاعتقاد بالإلزام.

(د) دور المعاهدات والقرارات

٨١- أعرب عدد من أعضاء اللجنة عن تأييده للاستنتاج الذي خلص إليه التقرير بشأن دور المعاهدات كدليل لإثبات القانون الدولي العرفي. واقترح بعض الأعضاء التخلي عن الإحالات التي تشير إلى تأثير المعاهدات في نشوء القواعد العرفية، والتركيز حصراً على قيمتها الثبوتية. وأعرب عن

رأي مفاده أنه، لأغراض الموضوع، ليس هناك فرق بين تبلور القاعدة العرفية وتوليد قاعدة جديدة عن طريق اعتماد معاهدة. وعلاوة على ذلك، قُدم اقتراح بتناول المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. وشدد بعض الأعضاء على أن جميع أحكام المعاهدات لا تتساوى في أهميتها كدليل إثبات لقواعد القانون الدولي العرفي، وأن أحكام المعاهدات ذات "الطابع الجوهرية الشارع" هي وحدها ما يمكن أن يولد مثل هذه القواعد.

٨٢- وسلط الضوء على أهمية وضع معايير لتحديد مدى وجاهة اعتبار حكم تعاهدي دليلاً لإثبات قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وذكر بعض أعضاء اللجنة أن مفهوم "الدول المتأثرة بشكل خاص" غير مقبول، في حين أعرب عن رأي مفاده أن التوزيع الجغرافي للأطراف في معاهدة يمكن أن يكون دليلاً على الطابع العام للممارسة.

٨٣- وكانت هناك طائفة من الآراء بشأن القيمة الثبوتية للقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية أو المعتمدة في المؤتمرات الدولية. فوفقاً لبعض أعضاء اللجنة، يمكن النظر، في ظروف معينة، إلى مثل هذه القرارات، ولا سيما قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، باعتبارها مصادر للقانون الدولي العرفي. واعتبر عدد من أعضاء اللجنة أن من اللازم، على أية حال، التحقق من القيمة الثبوتية لهذه القرارات بقدر كبير من الحذر. وسلط الضوء على مجموعة من العناصر التي ينبغي وضعها في الاعتبار، مثل تكوين المنظمة، وعملية التصويت، والإجراءات المتبعة في اعتماد القرار، وموضوع القرار. وأشار أيضاً إلى أن أهمية القرارات المعتمدة في المؤتمرات الدولية تتوقف على مشاركة الدول في المؤتمر المذكور.

٨٤- واتفق أعضاء اللجنة عموماً على أن قرارات المنظمات والمؤتمرات الدولية قد لا تشكل بمفردها دليلاً كافياً على وجود قاعدة عرفية. وأعرب عن رأي يقول بأن القرارات يمكن أن تشكل في بعض الحالات دليلاً على وجود قواعد قانون دولي عرفي. فقد لوحظ أن القيمة الثبوتية لمثل هذه القرارات تتوقف على الأدلة المؤيدة الأخرى التي تثبت الممارسة العامة والاعتقاد بالإلزام. وأشار إلى أن من اللازم إجراء تقييم مستقل لما إذا كانت قاعدة واردة في قرار مدعومة بممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام) من أجل الاعتماد على القرار (الذي يمكن، مع ذلك، أن يكون دليل إثبات لهذا الغرض).

(هـ) قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء

٨٥- رحب أعضاء اللجنة بالاستنتاج الذي يفيد بأن القرارات القضائية وكتابات الفقهاء مهمة لأغراض تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. وجرى تبادل للآراء بشأن الأدوار المحددة التي تؤديها القرارات القضائية وكتابات الفقهاء على التوالي. وأشار إلى أنها لا تكتسي نفس الطابع، لذا ينبغي تناولها في استنتاجات منفصلة. ولوحظ أيضاً أن أهميتها لا يمكن تناولها بشكل عام، بل ينبغي بالأحرى أن ينظر فيها على أساس كل حالة على حدة.

٨٦- وأكد بعض أعضاء اللجنة على الأهمية الخاصة التي تكتسبها القرارات القضائية، التي لا يمكن اعتبارها أدلة ثانوية أو احتياطية. وأبرز بعض الأعضاء الأهمية المركزية لمحكمة العدل الدولية، بينما أشار بعضهم الآخر إلى أن السوابق القضائية للمحاكم والهيئات القضائية الأخرى لا يمكن تجاهلها، فضلاً عن دور الآراء المستقلة والمخالفة للقضاة الدوليين. وجرى تبادل للآراء بشأن أهمية قرارات المحاكم الوطنية. ومن اللازم، وفقاً لبعض الأعضاء، إدراج تلك القرارات ضمن فئة "قرارات المحاكم" لغرض تحديد قواعد القانون الدولي العربي. بيد أن بعض أعضاء اللجنة الآخرين رأوا ضرورة تناول هذه القرارات بصورة مستقلة وأنه ينبغي تقييم دورها بحذر.

٨٧- وأشار إلى أن مصطلح "الكتابات" الذي اقترحه المقرر الخاص مصطلح واسع للغاية وينبغي تحديده. وأشار العديد من أعضاء اللجنة أيضاً إلى أن عملية اختيار الكتابات ذات الصلة لا يمكن أن تعني تفضيلاً لمؤلفين من مناطق بعينها، بل ينبغي أن تكون عالمية النطاق.

٨٨- وأكد عدة أعضاء أن عمل لجنة القانون الدولي، بصفتها هيئة فرعية للجمعية العامة للأمم المتحدة مكلفة بولاية تعزيز التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه، لا يمكن أن يعادل "كتابات" كبار المؤلفين القانونيين أو مذاهبهم.

(و) أهمية المنظمات الدولية والجهات من غير الدول

٨٩- كانت هناك وجهات نظر مختلفة داخل اللجنة بشأن أهمية ممارسة المنظمات الدولية. وعلى وجه الخصوص، أشار عدد من أعضاء اللجنة إلى أن هذه الممارسة يمكن أن تسهم في تشكيل قواعد القانون الدولي العربي أو في التعبير عنها، وأنه لا بد من التأكيد على أهمية ممارسة المنظمات الدولية في بعض المجالات. وشدد بعض الأعضاء الآخرين على أن ذلك لن يتحقق ما لم تكن ممارسة المنظمة الدولية تعكس ممارسات دولها الأعضاء أو قناعتها، أو كانت حافزاً على ممارسة الدول. أما ممارسة المنظمات الدولية في حد ذاتها، فلا أهمية لها بالنسبة لتقييم ممارسة عامة. وأعرب عن رأي مؤداه أن مشروع الاستنتاج المقترح بالصيغة التي كتب بها لم يتناول مسائل رئيسية، مثل ما إذا كان الامتناع عن فعل من جانب المنظمات الدولية يعتبر ممارسة، وما إذا كانت الممارسة والاعتقاد بالإلزام من جانب المنظمات الدولية شرطاً، وما إذا كانت القاعدة التي تساهم فيها المنظمة الدولية ملزمة للمنظمات الدولية فقط، أو للدول فقط، أو لكليهما.

٩٠- وأيد العديد من أعضاء اللجنة مشروع الاستنتاج الذي اقترحه المقرر الخاص بأن سلوك الجهات الفاعلة الأخرى من غير الدول لا يشكل ممارسة لأغراض نشأة القانون الدولي العربي أو تحديده. واعتُبر مصطلح "الجهات من غير الدول" مصطلحاً غير واضح تماماً بالنسبة للممارسين لأن المنظمات الدولية تتألف من دول. ورأى بعض أعضاء اللجنة أن الاقتراح متشدد جداً، ولا سيما في ضوء أهمية ممارسة بعض الجهات الفاعلة من غير الدول، مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وكذلك نظراً لأهمية الأنشطة التي يشترك فيها كل من الدول والجهات الفاعلة من غير الدول.

(ز) العرف المعين

٩١- دارت مناقشة حول مسألة العرف المعين. وبينما أيد عدد من أعضاء اللجنة مشروع الاستنتاج الذي اقترحه المقرر الخاص أعرب بعض أعضاء اللجنة عن رأي مفاده أن المسألة لا تدخل في نطاق الموضوع. وأثيرت تساؤلات أيضاً بشأن المصطلحات الأنسب لتسمية هذه الفئة المعينة من قواعد القانون الدولي العرفي، التي يشار إليها بوصفها أعرافاً "إقليمية" أو "محلية" أو "معينة". وعلاوة على ذلك، اقترح توضيح مفهوم "المنطقة" وتناول مسألة العلاقة الجغرافية بين الأطراف المشتركين في عرف إقليمي.

٩٢- وجرى التشديد على ضرورة منح عناية خاصة لأهمية الرضا في تحديد عرف معين. وحسب بعض الأعضاء، توجد معايير أكثر تشدداً للأعراف المعينة دون الأعراف العالمية العامة. بيد أن بعض الأعضاء الآخرين أشار إلى أن جميع قواعد القانون الدولي العرفي تخضع لنفس الشروط. وأعرب عن رأي مؤداه أن مشروع الاستنتاج المقترح، بافتراضه وجود عرف بعينه بين مجموعة جد متنوعة من الدول ليس بينها صلة جغرافية، يفسح المجال لادعاءات ملتبسة بشأن وجود هذا العرف ويمكن أن يؤدي إلى تجزؤ القانون الدولي العرفي، في غياب أي أساس على صعيد الممارسة.

(ح) المعارض المصير

٩٣- خضعت قاعدة المعارض المصير لمناقشة مستفيضة. وأيد العديد من الأعضاء إدراج القاعدة في مجموعة مشاريع الاستنتاجات، في حين اعتبر بعض الأعضاء الآخرين أنها نظرية مثيرة للجدل غير مسندة بما يكفي من ممارسات الدول والاجتهاد القضائي، ويمكن أن تؤدي إلى تجزؤ القانون الدولي. واقترح تقديم أمثلة محددة في التعليق لإثبات هذه القاعدة، التي حظيت، حسب بعض الأعضاء، بقبول واسع في الأدبيات الفقهية.

٩٤- وناقش أعضاء اللجنة باستفاضة أيضاً شروط تطبيق قاعدة المعارض المصير، فضلاً عن العواقب المترتبة عليها. وأشار بعض الأعضاء إلى أنه، أيا كان الحال، فحتى لو وجدت هذه القاعدة فلن تكون قابلة للتطبيق على الالتزامات تجاه الكافة أو القواعد ذات الطابع القطعي (القواعد الآمرة).

(ط) برنامج العمل المقبل

٩٥- بخصوص برنامج العمل المستقبلي بشأن الموضوع، قوبل بالترحيب اقتراح المقرر الخاص دراسة الوسائل العملية لتعزيز توافر المواد التي على أساسها يمكن تحديد الممارسة العامة والقبول بممارسة كقانون. واقترح العديد من الأعضاء أيضاً أن يدرس المقرر الخاص مسألة تغيير القانون الدولي العرفي مع مرور الزمن، علاوة على جملة من القضايا ذات الصلة.

٩٦- وأشار عدد من أعضاء اللجنة إلى ضرورة تخصيص ما يكفي من الوقت لكي تنجز اللجنة العمل المتعلق بهذا الموضوع، ويتنوا أن التقدم في دراسة الموضوع لا يمكن أن يُجرز على حساب النوعية.

٣- الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٩٧- أكد المقرر الخاص أن الهدف من هذا الموضوع هو المساعدة على تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي من عدمه، وتحديد مضمونها. وتلك هي المهمة الملقاة على عاتق القضاة والمحكمين والمحامين الذين يقدمون المشورة بشأن القانون كما هو في وقت محدد، مقابل من يسدون المشورة بشأن كيفية تطور القانون أو تطويره. ومع ذلك، فإن فهم كيفية نشوء القواعد العرفية وتطورها هو جزء من خلفية هذا الموضوع وسيتم تناوله في التعليق.

٩٨- وبشأن مختلف المسائل المتعلقة بالترابط بين الركنين، رأى المقرر الخاص أن البعد الزمني للعلاقة أكثر ارتباطاً بنشأة القواعد العرفية منه بتحديداتها، ولكنه مع ذلك جانب مهم يلزم تناوله في التعليق. وفيما يتصل بتطبيق نهج الركنين في مختلف المجالات، شدد المقرر الخاص على ضرورة مراعاة السياق الذي نشأت فيه الأدلة، وعلى أن ذلك يتطلب إجراء تقييم دقيق للأسس الوقائية ومدلولها في كل حالة على حدة. وفيما يتعلق، أخيراً، بمسألة التقييم المستقل للركنين، لاحظ المقرر الخاص الاتفاق العام داخل اللجنة على أنه لا بد من التحقق من كل ركن على حدة من أجل تحديد قواعد القانون الدولي العربي. والمسألة التي يشار إليها في بعض الأحيان باسم "الحساب المزدوج" أثبتت أنها أكثر إثارة للجدل. وأوضح المقرر الخاص، في هذا الباب، أنه قد تكون هناك مناسبات حيث يستخدم نفس الدليل للتحقق من الركنين كليهما. والجانب المهم هو أنه لا بد من توافر كلا الركنين، وأن النظريات التي مؤداها أن الحضور القوي لأحد الركنين قد يكفي عوضاً عن الركن الآخر نظريات غير مقنعة.

٩٩- واعتبر المقرر الخاص أن الاستنتاج بأن ممارسة المنظمات الدولية في حد ذاتها مهمة لغرض تحديد قواعد القانون الدولي العربي استنتاج لا جدال فيه، لأنه بدأ أن ممارسة المنظمات الدولية في علاقاتها فيما بينها، على الأقل، يمكن أن تفضي إلى نشوء قواعد عرفية ملزمة في مثل هذه العلاقات. وهذا الاستنتاج مهم أيضاً في حالة المنظمات الدولية، مثل الاتحاد الأوروبي، التي تمارس اختصاصات نيابة عن الدول الأعضاء فيها. ويبدو أن هذا الاستنتاج، الذي أقرته الأعمال السابقة للجنة، قد حظي بقبول عام من الدول. وشدد المقرر الخاص على أن دور المنظمات الدولية لا يمكن أن يقارن بدور الدول، رغم ما للمنظمات الدولية من أهمية. وفيما يتعلق بدور الجهات الفاعلة من غير الدول، أشار المقرر الخاص إلى أن هذه الكيانات قد يكون لها دور في نشأة وتحديد قواعد القانون الدولي العربي - ولكن من خلال حفزها لممارسة من جانب الدول ومن جانب المنظمات الدولية أو من خلال تسجيلها لتلك الممارسة، لا عن طريق تصرفاتها الذاتية الصرفة.

١٠٠- وعن دور الامتناع عن الفعل، أشار المقرر الخاص إلى أن التلميح إلى ضرورة أن تعكس الفقرة المقابلة من مشروع الاستنتاج جوهر الشروط المبينة في التقرير، أمر يستحق أن يُنظر فيه بجدية.

١٠١- وفيما يتعلق بدور المعاهدات في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي، رأى المقرر الخاص، مع تسليمه بأهمية المعاهدات المتعددة الأطراف، أن المعاهدات الثنائية لا يمكن استبعادها من مشاريع الاستنتاجات، رغم ضرورة تناول تأثيرها بحذر شديد. وأشار المقرر الخاص أيضاً إلى أن أهمية المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بالنسبة لهذا الموضوع ستبحث في التعليق، كما سيتناول التعليق أيضاً مفهوم "الطابع الجوهرى الشارح".

١٠٢- ولاحظ المقرر الخاص أن مشروع الاستنتاج المتعلق بقرارات المنظمات والمؤتمرات الدولية لم يشر الجدل بوجه خاص داخل اللجنة. وسلّم بإمكانية التعبير عن دور هذه القرارات بصورة أكثر إيجابية، رغم ضرورة توخي الحذر عند الإحالة إلى هذه القرارات.

١٠٣- وأشار المقرر الخاص إلى ضرورة مواصلة تطوير مشروع الاستنتاج المقترح بشأن قرارات المحاكم والكتابات الفقهية، وإلى أنه ينبغي تناول هذين المصدرين في مشروع استنتاجين منفصلين. واتفق رأي المقرر الخاص مع الرأي القائل بأن قرارات المحاكم دخلت الحلبة، في واقع الأمر، في إطار عملية وحيدة لتحديد وجود قاعدة عرفية معينة من عدمه. واعترف أيضاً بأن الآراء المستقلة والمخالفة، وإن لم تكن في نظره تشير إلى قرارات قضائية بالمعنى المقصود في المادة ٣٨، الفقرة (١)(د)، لا تخلو من أهمية بالنسبة للموضوع. وأشار المقرر الخاص إلى أنه يقصد بلفظ "الكتابات" الإشارة إلى "كتابات الفقهاء". وأشار أيضاً إلى ضرورة أن يتضمن التعليق إشارة إلى الفائدة المحققة من النظر في كتابات الفقهاء الذين يمثلون مختلف النظم القانونية في العالم.

١٠٤- وأشار المقرر الخاص إلى اقتراح العديد من الزملاء إدراج استنتاج مستقل بشأن عمل لجنة القانون الدولي. وقال إنه غير مقتنع بضرورة وجود استنتاج مستقل بدلا من شرح دور اللجنة في التعليقات. بيد أنه أعرب عن أمله أن تنظر لجنة الصياغة في هذه المسألة.

١٠٥- وفيما يتعلق بالعرف المعين، أكد المقرر الخاص أن جميع مشاريع الاستنتاجات الأخرى تنطبق على العرف المعين، بما في ذلك مشروع الاستنتاج بشأن المعاهدات، باستثناء ما ينص على خلافه مشروع الاستنتاج ١٥. وأضاف أنه حتى إن لم يكن لازماً، من الناحية النظرية، وجود علاقة جغرافية تربط بين الدول الملزمة بهذه القاعدة، فكثيراً ما يطلب وجود تلك العلاقة في الممارسة العملية.

١٠٦- ولاحظ المقرر الخاص أن مشروع الاستنتاج ١٦ بشأن المعارض المصرّ قوبل بتأييد واسع، وأقرّ بضرورة توضيحه في التعليق بأمثلة عملية. وأشار إلى أن قاعدة المعارض المصرّ يمكن أن تثار، بل ليس من النادر أن تثار، قبل طلب القضاة تحديد القانون الدولي العرفي، وبالتالي فمن المهم تزويد الممارسين بمبادئ توجيهية بشأن هذه المسألة، ولا سيما توضيح الاشتراطات اللازمة لدولة لكي تصبح معترضاً مصرّاً.

١٠٧- وفيما يتعلق ببرنامج العمل المستقبلي بشأن هذا الموضوع، أشار المقرر الخاص إلى أنه في ضوء كل ما تطرق له النقاش، فإن إكمال القراءة الأولى لمشاريع الاستنتاجات والتعليقات عليها بحلول نهاية الدورة الثامنة والستين (٢٠١٦) سيكون هدفاً واقعياً. والسؤال المطروح هو إذن كيفية تقسيم العمل بين هذه الدورة والدورة المقبلة. ونظراً لأهمية التعليقات، يبدو أنه من المناسب أن تكون هناك مرحلتان. وتمثل المرحلة الأولى في أن لجنة الصياغة إذا ما استطاعت أن تنجز عملها في هذه الدورة وتعتمد مؤقتاً مجموعة كاملة من مشاريع الاستنتاجات (كاملة، أي رهناً بأية أحكام إضافية واقتراحات قد تخرج بها مناقشة التقرير الرابع)، فإن المقرر الخاص سيعدّ حينئذ مشاريع تعليقات على كافة الاستنتاجات في موعد مناسب لبدء دورة عام ٢٠١٦. وسيكون حينها لدى الأعضاء ما يكفي من الوقت للنظر بعناية في مشاريع التعليقات. والأمل معقود على أن تتمكن اللجنة بنهاية دورتها لعام ٢٠١٦ من اعتماد المجموعة الكاملة لمشاريع الاستنتاجات في قراءتها الأولى والتعليقات عليها.